

University of Groningen

Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire aktie en de Bush-doctrine Noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal

de Hoogh, A.J.J.; Molier, G.

Published in:
Vrede en Veiligheid. Tijdschrift voor internationale vraagstukken

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2005

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
de Hoogh, A. J. J., & Molier, G. (2005). Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire aktie en de Bush-doctrine Noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal. *Vrede en Veiligheid. Tijdschrift voor internationale vraagstukken*, 34(1), 10-37.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikelen

Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire actie en de Bush-doctrine Noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal?

ANDRÉ DE HOOGH EN GELIJN MOLIER*

Hebben de nieuwe dreigingen die sinds het einde van de Koude Oorlog zijn ontstaan, in de vorm van internationaal terrorisme en schurkenstaten die in het bezit zijn van massavernietigingswapens, geleid tot een nieuwe veiligheidssituatie waarin niet langer kan worden vastgehouden aan het traditionele recht van zelfverdediging? De Amerikaanse Nationale Veiligheidsstrategie van september 2002 waarin de Bush-doctrine wordt gelanceerd, beantwoordt deze vraag bevestigend. Tegelijkertijd heeft de Amerikaans/Britse aanval op Irak in 2003 duidelijk gemaakt hoe gemakkelijk een dergelijke doctrine zich leent voor manipulatie. Hoewel de rapporten die vervolgens over dit onderwerp zijn verschenen de Bush-doctrine afwijzen, lijken zij niet afkerig te staan tegenover een recht van anticiperende zelfverdediging. Naar onze mening is anticiperende zelfverdediging niet alleen onrechtmatig, maar ook politiek onwenselijk.

"Intelligence gathered by this and other governments leaves no doubt that the Iraq regime continues to possess and conceal some of the most lethal weapons ever devised. [...] Terrorists and terrorist states do not reveal these threats with fair notice, in formal declarations – and responding to such enemies only after they have struck first is not self-defense, it is suicide. The security of the world requires disarming Saddam Hussein now." President Bush, toespraak tot de natie, 17 maart 2003.¹

Inleiding

De belangrijkste officieel aangevoerde reden van de Amerikanen om Irak aan te vallen was het ontmantelen van Irak's massavernietigingswapens. De weigering van Irak om volledig mee te werken aan de VN-wapeninspectieteams bij het ontmantelen en vernietigen

van zijn chemische, bacteriologische en nucleaire wapenprogramma's leidde uiteindelijk tot de Amerikaans/Britse aanval op 20 maart 2003. Als juridische grondslag voor die aanval werd door de Amerikanen enerzijds een beroep gedaan op de resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, anderzijds op anticiperen-

* Dr. A.J.J. de Hoogh en dr. G. Molier zijn als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

de zelfverdediging.² Daarnaast werd nog een humanitair motief voor de interventie gegeven, te weten: het bevrijden van het Iraakse volk van zijn wrede dictator en het brengen van democratie en vrijheid in Irak.³ Nu, twee jaar later, blijkt er nog geen enkel massavernietigingswapen te zijn gevonden. Dit betekent dat de Amerikanen en Britten ofwel over onjuiste gegevens bleken te beschikken, ofwel bewust een verkeerd beeld van de wapenvoorraden van Saddam Hoessein hebben gegeven. Hoe dit ook moge zijn, beide scenario's tonen aan hoe gemakkelijk een claim van anticiperende zelfverdediging zich leent voor manipulatie.

Ondanks dit gevaar voor misbruik is er tussen volkenrechtsgeleerden een discussie gaande over de vraag of het traditionele recht van zelfverdediging, zoals neergelegd in art. 51 van het VN-Handvest, niet extensiever zou moeten worden geïnterpreteerd met het oog op nieuwe dreigingen.⁴ Daarnaast werden staten gedwongen een standpunt in te nemen over anticiperende zelfverdediging nadat de regering-Bush in de Amerikaanse Nationale Veiligheidsstrategie (National Security Strategy, NSS) van september 2002 aangaf zich het recht voor te behouden desnoods unilateraal en preventief geweld te gebruiken. Teneinde haar opvatting ten aanzien van deze zogenoemde Bush-doctrine te bepalen, verzocht de Nederlandse regering de Adviesraad Internationale

Vraagstukken (AIV) en de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) om een gezamenlijk advies over preventief optreden. De Secretaris-generaal van de Verenigde Naties, ten slotte, liet een High-level Panel of Experts onder andere onderzoeken of het recht van zelfverdediging aan herziening toe was met het oog op de veranderde veiligheidssituatie in de wereld.

In deze bijdrage staat de vraag naar de rechtmatigheid van anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire actie en de Bush-doctrine centraal. Hiertoe wordt allereerst kort de context geschetst die volgens sommigen een hero-verweging van het traditionele recht van zelfverdediging noodzakelijk maakt. Voordat de legaliteitsvraag kan worden beantwoord, zal eerst nauwkeurig moeten worden aangegeven wat onder anticiperende zelfverdediging en de Bush-doctrine wordt verstaan. Nadat het *ius ad bellum*, alsmede relevante statenpraktijk is uiteengezet, worden de National Security Strategy en genoemde rapporten met het oog hierop geanalyseerd. De afsluitende paragraaf eindigt met een conclusie omtrent de rechtmatigheid en wenselijkheid van anticiperende zelfverdediging en de Bush-doctrine.

Veranderde context

De wereld na het einde van de Koude Oorlog is niet vreedzamer,

rechtvaardiger en welvarender geworden zoals aanvankelijk voorspeld. Evenmin ontstond er een nieuwe internationale rechtsorde waarin – in de woorden van oud-president Bush – “the rule of law supplants the rule of the jungle.”⁵ Hoewel met het ineensinken van de Sovjet-Unie de voortdurende dreiging van een treffen tussen de supermachten wegviel, ontstonden er tegelijkertijd nieuwe bedreigingen voor de internationale vrede en veiligheid. Allerlei binnenstatelijke conflicten, die als gevolg van de Koude Oorlog als het ware bevroren waren, kwamen nu tot uitbarsting. Latente etnische en religieuze spanningen kwamen aan de oppervlakte en mondden uit in burgeroorlogen, die op hun beurt weer een destabilisatie van de regio tot gevolg hadden. In sommige gevallen leidde dit tot een zogenoemde ‘falende staat’. Een dergelijke staat wordt gekenmerkt door het feit dat diens regering niet meer bij machte is zijn grondgebied te beheersen, de veiligheid van burgers te garanderen en de interne rechtsorde te handhaven.⁶ Doordat internationale criminele organisaties en terroristische netwerken zich bij afwezigheid van een centraal gezag gemakkelijk op het grondgebied van een falende staat kunnen vestigen en hun activiteiten vanaf daar kunnen orkestreren, vormen falende staten eveneens een bedreiging voor de mondiale veiligheidssituatie. Daarnaast maakten de aanslagen van 11 september 2001 duidelijk dat zich een nieuw soort internati-

onaal terrorisme had ontwikkeld. In het verleden waren de doelstellingen van terroristische groeperingen veelal concreet en beperkt, bijvoorbeeld het verkrijgen van onafhankelijkheid van een bepaald gebied.⁷ Bijgevolg beperkten hun terroristische activiteiten zich veelal tot één bepaalde staat. Een terroristische groepering als al Qaeda daarentegen opereert vanuit een wereldwijd netwerk en hanteert een abstracte doelstelling als de vernietiging van ‘het Westen’.⁸ Het gevolg is een wereldwijde voortdurende dreiging van terroristische aanslagen.

Ten slotte heeft de proliferatie van massavernietigingswapens ertoe geleid dat een aantal – in Westerse ogen kwaadwillende – staten in het bezit is van zogeheten ABC-wapens. Een aantal van deze ‘schurkenstaten’ is door de regering-Bush aangeduid als ‘de as van het kwaad’.⁹ De grootste dreiging ontstaat wanneer deze schurkenstaten massavernietigingswapens zouden leveren aan terroristische groeperingen, of hiermee gaan samenwerken in hun strijd tegen bepaalde Westerse staten. Waar schurkenstaten wellicht nog in toom kunnen worden gehouden door de militaire superioriteit van de Verenigde Staten, geldt dat in veel mindere mate voor niet-statelijke actoren als ‘onzichtbare terroristische groeperingen’. Het is voorts nog niet goed duidelijk hoe laatstgenoemden kunnen worden afgeschrikt, als zij zich al laten afschrikken. Immers, het traditionele systeem van afschrikking was nu

juist gebaseerd op de mogelijkheid van wederzijdse vernietiging (*mutual assured destruction*), ongeacht wie van beide staten de eerste klap zou uitdelen (*second-strike capability*). De 'dodelijke' logica van dit machts-evenwicht bracht met zich dat anticiperende zelfverdediging geen optie was. Het internationaal recht weerspiegelde deze situatie. Het uitgangspunt hiervan is dat het gebruik van geweld door staten alleen is toegestaan met machtiging van de Veiligheidsraad of ter zelfverdediging na een gewapende aanval. Anders gezegd: hoezeer de Verenigde Staten en de Sovjet-Unie ook in politiek, economisch en ideologisch opzicht verschilden, beide hadden belang bij de instandhouding van het statensysteem, aangezien "[e]ach elite's own territorial base made it at once member and beneficiary of and hostage to the system, susceptible to the dynamic of reciprocity and retaliation that is the source of the effectiveness of international law."¹⁰ Een restrictieve uitleg van het recht van zelfverdediging, zoals neergelegd in art. 51 van het Handvest, getuigde met het oog op de geopolitieke machtsverhoudingen van die tijd derhalve van gezond realisme en kon enige rationaliteit niet worden ontzegd. Doordat het element van reciprociteit en daarmee van vergelding niet (goed) van toepassing is op niet-statelijke actoren, is volgens een aantal auteurs het traditionele *ius ad bellum* onder druk komen te staan.¹¹ De afwezigheid van een

eigen territorium maakt internationale terroristische groeperingen veel minder kwetsbaar voor vergelding dan staten. Het fenomeen van de 'slapende cellen' zorgt er bovendien voor dat er geen duidelijk 'doelwit' is dat kan worden afgeschrikt. Daar komt nog bij dat het middel van de zelfmoordaanslag de bodem onder de theorie van de afschrikking wegslaat: een tegenstander die bereid is zijn eigen leven te 'offeren', laat zich niet afschrikken. Ten slotte is de strijd tegen deze niet-statelijke actoren asymmetrisch. Voor de terroristische groepering is het voldoende nu en dan toe te slaan. Voor de staat die het terrorisme bestrijdt daarentegen is het noodzakelijk dat er geen enkele aanslag plaatsvindt.¹² Dit alles zou met zich brengen dat niet langer onvoorwaardelijk moet worden vastgehouden aan het vereiste van de gewapende aanval alvorens een staat een beroep toekomt op het recht van zelfverdediging.

Anticiperende zelfverdediging en preventieve militaire actie

In de literatuur worden veelal geen expliciete definities van anticiperende zelfverdediging gegeven, maar wordt volstaan met een verwijzing naar de Webster-formule of *Caroline*-criteria (zie hieronder) ter nadere bepaling van de inhoud hiervan.¹³ Eerst met de lancering van de Bush-doctrine in de Amerikaanse National Security

Strategy van 2002 wordt het van groot belang tot een precieze definitie van anticiperende zelfverdediging te komen. Ingevolge deze doctrine bestrijkt anticiperende zelfverdediging het hele spectrum van gevaar voor een onmiddellijke aanval tot aan zich ontwikkelende bedreigingen.¹⁴ De Amerikaanse National Security Strategy spreekt overigens niet van anticiperende zelfverdediging, maar van “anticipatory action”, “preemptive actions” en “acting preemptively”.¹⁵ Dit zijn echter geen juridische termen. Evenmin wordt nauwkeurig omschreven in welke situaties preemptieve actie in aanmerking komt. Volstaan wordt met de opmerking dat in het huidige tijdsgezicht het criterium van ‘onmiddellijke dreiging’ aan herziening toe is.¹⁶ Wat hiervoor dan in de plaats komt, wordt echter niet aangegeven.

Een belangrijk doel van het rapport *Preëemptief optreden* van de AIV/CAVV was dan ook om tot een duidelijke(r) begripsbepaling te komen inzake anticiperende zelfverdediging enerzijds en de Bush-doctrine anderzijds. De AIV/CAVV stellen dat de verschillende typen van anticiperende actie nauwkeurig dienen te worden afgebakend, aangezien al naar gelang de aard en ernst van de dreiging verschillende juridische kwesties in het geding zijn. Anders gezegd: met het oog op de legaliteitsvraag is een nauwkeurige definitie van wezenlijk belang.¹⁷ De opstellers van het rapport maken een onderscheid tussen preëemptief optreden of an-

ticiperende zelfverdediging enerzijds en preventief optreden anderzijds. Onder de eerste categorie wordt verstaan een militaire actie tegen een op handen zijnde aanval. Het kenmerk van preventief optreden daarentegen zou zijn dat de dreiging verder in de tijd verwijderd ligt. Er wordt dan juist opgetreden om te voorkomen dat de dreiging het stadium van een concreet dreigende aanval bereikt. Bovendien zou preventief optreden ook betrekking hebben op niet-militaire maatregelen ter voorkoming van het ontstaan van een ‘dreigende aanval’.¹⁸ Echter, de Amerikaanse National Security Strategy onderscheidt preëemptief en preventief optreden niet als afzonderlijke categorieën. De term ‘preëemptief optreden’ of ‘preëemptieve actie’ omvat in dit document derhalve zowel het neutraliseren van onmiddellijke dreigende aanvallen als ook het ongedaan maken van dreigingen die zich op termijn tot een onmiddellijke dreiging zouden kunnen ontwikkelen.

Hoewel in de Engelstalige literatuur veelal wordt gesproken van ‘anticipatory self-defence’ en dit begrip wordt gekoppeld aan de dreiging van een onmiddellijke aanval, wordt de term ‘preventive self-defence’ als zijnde een gewapend optreden tegen een zich ontwikkelende dreiging niet als zelfstandige juridische categorie onderscheiden.¹⁹ Zo hanteert het in opdracht van Secretaris-generaal Kofi Annan geschreven rapport *A More Secure World* voor elk van beide situaties de term ‘anticipato-

ry self-defence'.²⁰ De enige auteur die wel een vergelijkbaar onderscheid maakt is Reisman. Hij onderscheidt drie typen zelfverdediging: 'reactive self-defence' na een gewapende aanval, 'anticipatory self-defence' in geval van een onmiddellijke dreiging van een gewapende aanval en ten slotte 'pre-emptive self-defence' dat hij definieert als "to use, unilaterally and without international authorization, high levels of violence in order to arrest a development that is not yet operational and hence is not yet directly threatening, but which, if permitted to mature, could be neutralized only at a high, possibly unacceptable, cost."²¹ Uit laatstgenoemde omschrijving blijkt dat wat Reisman aanduidt als 'preëemptieve zelfverdediging' door de AIV/CAVV als 'preventief optreden' wordt aangemerkt. Het rapport van het High-level Panel daarentegen bezigt de termen 'preëemptieve actie' en 'preventieve actie' weliswaar in dezelfde betekenis als de AIV/CAVV, maar brengt zoals gezegd beide onder de noemer anticiperende zelfverdediging.

Aangezien de meeste auteurs alleen spreken van anticiperende zelfverdediging, is het de vraag of het wenselijk is preventieve zelfverdediging als afzonderlijke juridische categorie te introduceren. Aan de andere kant verdient een nauw omschreven definitie vanuit een oogpunt van juridische consistentie de voorkeur boven een meer ruime omschrijving. De belangrij-

ste reden om echter vast te houden aan de term 'anticiperende zelfverdediging' en daarnaast niet ook nog te spreken van preventieve zelfverdediging als afzonderlijke juridische categorie is dat dit tot verwarring zal leiden. Daar komt nog bij dat er zowel in het Engels als in het Nederlands geen wezenlijk verschil in betekenis lijkt te bestaan tussen beide woorden. Vanuit semantisch oogpunt is er derhalve evenmin een reden voor genoemd onderscheid.²² In dit artikel wordt daarom slechts gesproken van anticiperende zelfverdediging: het gebruik van geweld door een staat zonder toestemming van de Veiligheidsraad ter afwering van een onmiddellijk dreigende aanval afkomstig van hetzij een staat hetzij van niet-statelijke actoren. Onder preventieve militaire actie verstaan wij dan unilateraal geweldgebruik in reactie op een potentiële dreiging (van een aanval).

Het *ius ad bellum*

Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van militaire actie ter ongedaanmaking van een dreiging of dreigende aanval, hetzij van een staat hetzij van niet-statelijke actoren, is allereerst van belang de relevante bepalingen van het Handvest van de Verenigde Naties in ogenschouw te nemen en vervolgens aandacht te besteden aan de regels van internationaal gewoonterecht voorzover deze het recht op zelfverdediging betreffen en de

invulling van het begrip 'gewapende aanval'. Hierna wordt de vraag aan de orde gesteld van wie een aanval afkomstig dient te zijn. In deze eerste twee subparagrafen worden met name de *Nicaragua*- en *Oil Platforms*-zaken en het advies inzake *Legal Consequences of the Construction of a Wall* besproken. Als laatste wordt concreet gekeken naar de praktijk en rechtsovertuiging (*opinio iuris*) van staten ingeval van situaties waarin geen sprake was van een daadwerkelijke gewapende aanval, maar van een dreiging of dreigende gewapende aanval.

Het Handvest, zelfverdediging en internationaal gewoonterecht

Cruciaal voor de interpretatie van het Handvest is het gegeven dat de opstellers daarvan het gebruik van unilateraal militair geweld in de internationale betrekkingen sterk wilden beperken. Daartoe verboden zij dit in art. 2 lid 4 en eisten zij in art. 2 lid 3 dat lidstaten hun geschillen vreedzaam zouden beslechten. Hoewel in het verleden wel getracht is te komen tot een interpretatie van art. 2 lid 4 die zou inhouden dat bepaalde vormen van geweldgebruik niet onder het toepassingsbereik hiervan zouden vallen, bijvoorbeeld ter bescherming van mensenrechten, wordt algemeen aangenomen dat het verbod alle vormen van gewapend geweld in de internationale betrekkingen omvat en voor welke doel ingezet dan ook.²³ Hieruit volgt dat elk gebruik van militair geweld gericht tegen een andere

staat, of ondernomen op diens grondgebied, onder het verbod valt en alleen rechtmatig zal zijn indien een internationaal erkende rechtvaardigingsgrond toepasselijk is en aan de voorwaarden voor oproeping daarvan is voldaan.

Onder het Handvest geldt heden ten dage dat in twee situaties gerechtvaardigd geweld kan worden gebruikt: de Veiligheidsraad mag tot militaire actie besluiten (art. 42) en gebruikt daarvoor het instrument van de machtiging;²⁴ en staten mogen tot militaire actie besluiten als uitoefening van het recht op individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval. Om met de eerste te beginnen: voor de Veiligheidsraad geldt onder art. 39 van het Handvest de opdracht een bedreiging van de vrede, inbreuk op de vrede of daad van agressie vast te stellen en op grond daarvan tot aanbevelingen te komen of te besluiten tot de dwangmaatregelen van art. 41 en 42. De vrede waarvan sprake is in art. 39 betreft de 'internationale' vrede. Puur interne conflicten of crisissituaties vallen hier dus niet onder.²⁵ De situaties waarover in deze bijdrage wordt gesproken – de dreiging die uitgaat van internationaal terrorisme en massavernietigingswapens – zullen afhankelijk van de concrete omstandigheden als bedreiging van de internationale vrede kunnen worden aangemerkt.²⁶ Verder zal in het geval van een onmiddellijk dreigende gewapende aanval de Veiligheidsraad zeker tot een vaststelling van een bedrei-

ging van de internationale vrede kunnen komen. In al deze gevallen bezit de Veiligheidsraad verder de bevoegdheid de dwangmaatregelen van art. 41 op te leggen (bijvoorbeeld diplomatieke, economische en financiële sancties), of om militaire actie te machtigen of deze zelf te ondernemen op grond van art. 42.

De tweede mogelijkheid onder het Handvest om rechtmatig geweld te gebruiken is als staten individueel of collectief tot militaire actie komen indien zij het slachtoffer zijn van een gewapende aanval (art. 51). Het Handvest definieert evenwel niet wat onder een 'gewapende aanval' moet worden verstaan en geeft niet aan van wie deze afkomstig moet zijn.

Vandaar dat het Internationaal Gerechtshof zich bij de invulling van het begrip gewapende aanval in de *Nicaragua*-zaak liet leiden door het internationaal gewoonterecht.²⁷ Gezien de context – steun van Nicaragua aan het gewapend verzet in El Salvador – stelde het Hof dat onder het begrip gewapende aanval niet alleen actie van de reguliere strijdkrachten viel, maar ook het zenden door een staat van gewapende bendes, groepen, irregulieren of huurlingen naar het grondgebied van een andere staat. Het Hof voegde daar echter aan toe dat in dat laatste geval de operatie op een schaal en met effecten moest zijn die een kwalificatie als gewapende aanval door reguliere strijdkrachten mogelijk maakte en niet louter een kwalificatie als grensin-

cident. Het enkel bieden van wapensteun, of logistieke of andere steun, gold volgens het Hof niet als gewapende aanval (maar mogelijk wel als dreiging met, of gebruik van, geweld).²⁸

De schaal en effecten van een aanval leken daarmee een dam op te werpen tegen inroeping van het recht op zelfverdediging in geval van grensincidenten of incidentele gewapende acties. Dit lijkt onredelijk in die zin dat ingeval van incidentele gewapende acties een reagerende staat daarmee naar internationaal recht niet rechtmatig, dat wil zeggen met inroeping van een recht van zelfverdediging, gewapenderhand weerstand zou mogen bieden. Om die reden is wel verdedigd dat de *Nicaragua*-zaak zo zou moeten worden gelezen dat in deze gevallen een staat een recht van individuele zelfverdediging zou mogen inroepen of strikt defensieve militaire maatregelen zou mogen nemen.²⁹ Wat hier ook van zij, in de *Oil Platforms*-zaak van 2003 was de vraag aan de orde of de Verenigde Staten een gerechtvaardigd beroep deden op zelfverdediging in het geval van aanvallen op schepen in de Perzische Golf gedurende de Irak-Iran-oorlog van 1980-1988. De Verenigde Staten beriepen zich daar op naar aanleiding van een raketaanval op een commercieel vrachtschip en van een oorlogsschip dat op een mijn was gelopen. Met betrekking tot dit laatste incident merkte het Hof op: "The Court does not exclude the possibility that the mining of a

single military vessel might be sufficient to bring into play the 'inherent right of self-defence'."³⁰ Elders echter lijkt het Hof te ontkennen dat een aantal incidenten, zelfs gezamenlijk genomen, als gewapende aanval op de Verenigde Staten kunnen worden beschouwd.³¹

In de *Nicaragua*-zaak liet het Hof bewust de vraag naar zelfverdediging in geval van een dreigende aanval terzijde.³² Zou een dreigende aanval onder het toepassingsbereik van art. 51 van het Handvest kunnen vallen? Het antwoord op die interpretatievraag moet nadrukkelijk ontkennend luiden. Zelfverdediging is gerechtvaardigd 'in geval van een gewapende aanval' ('if an armed attack occurs') en niet ook als 'in geval van een dreigende gewapende aanval'. Interpretatie in context, dat wil zeggen gezien de bewoordingen van art. 2 lid 4 en 39, laat zien dat de opstellers van het Handvest zich zeer wel bewust waren van het onderscheid tussen daadwerkelijk gebruik van geweld en de dreiging daarmee.³³ Een beroep op doel en strekking van het Handvest faalt ook in dit verband:³⁴ de belangrijkste doelstelling in art. 1 betreft de handhaving van de internationale vrede en veiligheid en het belangrijkste middel ter bereiking daarvan is collectieve actie, dat wil zeggen actie door de Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het Handvest. Een rechtvaardiging voor anticiperende zelfverdediging of preventieve militaire actie zal daarmee slechts zijn gegeven indien de praktijk en *opinio*

iuris van staten een regel van internationaal gewoonterecht in deze zin zouden ondersteunen (zie hieronder).

De origine van een gewapende aanval

Voordat de stand van het internationaal gewoonterecht wordt besproken, dient een tweede hierboven opgeworpen interpretatievraag te worden beantwoord. Deze betreft de origine of afkomst van een gewapende aanval in de zin van art. 51. Is het een vereiste onder art. 51 dat de gewapende aanval herleidbaar is tot een staat, of is een gewapende aanval door een niet-statelijke actor voldoende aanleiding voor de oproeping van het recht op zelfverdediging? Indien het eerste het geval is, wat is dan de standaard om dit vast te stellen: toerekenbaarheid van de gewapende aanval aan een staat of eenvoudigweg betrokkenheid van een staat? In dat laatste geval, wat voor soort betrokkenheid zou voldoende zijn en in welke mate?

Het Hof stelde vorig jaar in zijn advies inzake *Legal Consequences of the Construction of a Wall* zonder veel plichtplegingen: "Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State."³⁵ Het voegde hier aan toe dat Israël, dat de betreffende muur bouwde om (terroristische) aanslagen vanuit bezet gebied tegen te gaan, zich er niet op beriep dat de bedoelde aanslagen toerekenbaar waren aan enige staat. Aangezien de aanslagen niet van buitenaf ko-

men, komt Israël ook geen beroep toe op Veiligheidsraadresoluties 1368 en 1373 (2001) die betrekking hebben op daden van *internationaal* terrorisme en de mogelijkheid van zelfverdediging daartegen.³⁶

Hoewel men enige twijfels kan koesteren voor wat betreft de wijze waarop het Hof de gecompliceerde situatie van de bezette gebieden benadert, is de niet nader onderbouwde stelling dat zelfverdediging kan worden ingeroepen door een staat in geval van een gewapende aanval door een andere staat, juist. De reden hiervoor is gelegen in de aard van het recht op zelfverdediging: dit betreft een rechtvaardiging voor normaliter onrechtmatig gebruik van gewapend geweld tegen een andere staat. Juist omdat sprake is van normaliter onrechtmatig gebruik van geweld, is het niet voldoende dat een gewapende aanval heeft plaatsgevonden door niet-statelijke actoren, maar zal de rechtvaardiging moeten kunnen worden ingeroepen ten aanzien van de staat tegen welke geweld wordt gebruikt. Elke andere constructie zou met zich brengen dat geweld zou mogen worden gebruikt tegen niet-statelijke actoren, bijvoorbeeld terroristen, ongeacht de rol of betrokkenheid van de staat waar zij zich bevinden, dat wil zeggen zelfs indien deze geen (enkel) verwijt valt te maken.

Indien de gewapende aanval van een staat afkomstig moet zijn, zou men verwachten dat de toepasselijke standaard die van toereken-

baarheid is. De militaire of gewapende acties waarvan sprake is, moeten toerekenbaar zijn aan de staat. De meest relevante regels betreffende toerekenbaarheid zijn neergelegd in de art. 4 en 8 van het ontwerp staatsaansprakelijkheid van de International Law Commission.³⁷ Gedrag is toe te rekenen aan een staat indien dit wordt vertoond door organen van een staat (art. 4), door personen of groepen van personen onder instructies, aanwijzingen of controle van een staat (art. 8), of indien dit door een staat wordt erkend en aangenomen als eigen gedrag (art. 11).

In geval van militaire acties uitgevoerd door reguliere strijdkrachten (landmacht, luchtmacht, marine) zal toerekening aan de staat geen probleem zijn. Het gedrag van organen van een staat in de uitoefening van hun functies wordt altijd toegerekend aan de staat, zelfs indien zij buiten hun bevoegdheden handelen (art. 7), en de reguliere strijdkrachten worden als orgaan van de staat beschouwd (art. 4). Toerekening van militaire acties van reguliere strijdkrachten aan de staat zal plaatsvinden ongeacht de schaal of effecten daarvan: ook een enkele incidentele actie wordt toegerekend. Een gewapende aanval door reguliere strijdkrachten is daarmee stevast toe te rekenen aan een staat en daarmee zal uitoefening van het recht op zelfverdediging onproblematisch zijn.

In geval van gedrag van niet-statelijke actoren, dat wil zeggen personen die niet tot de organisatie van

de staat in brede zin behoren, ligt de zaak aanzienlijk gecompliceerder. In dat geval eist art. 8 van het ontwerp staatsaansprakelijkheid dat het gedrag waarover wordt geklaagd en dat zou moeten worden toegerekend, bijvoorbeeld gewapende acties van (paramilitaire) groepen of aanslagen door terroristen, plaatsvindt naar aanleiding van instructies of aanwijzingen, of onder controle, van een staat.³⁸ Bewijs van instructies of aanwijzingen zal veelal niet goed kunnen worden geleverd, al is het alleen maar omdat dit fysiek aanwezig zal zijn in de staat die deze instructies of aanwijzingen (beweerdelijk) zal hebben gegeven. Daarmee rest de vraag wanneer gedrag plaatsvindt onder controle van een staat. Allereerst mag worden opgemerkt dat gedrag niet aan een staat wordt toegerekend op basis van het gezag dat de autoriteiten uitoefenen over het grondgebied van de staat. De controle van organen van de staat moet derhalve specifiek de handelingen van de (paramilitaire) groepen of terroristen betreffen, dat wil zeggen organen van de staat moeten zijn betrokken bij de bewuste gedragingen. Inzake de standaard die voor het vaststellen van de mate van controle is vereist, bestaat controverse. Het Internationaal Gerechtshof leek in de *Nicaragua*-zaak te oordelen dat een staat effectieve controle moest uitoefenen over de gedragingen van (paramilitaire) groepen.³⁹ In de concrete omstandigheden van deze zaak – steun van de Verenigde Staten aan de gewapende opposi-

tie (*contras*) gericht tegen de regering van Nicaragua – ontkende het Hof dat de steun die de Verenigde Staten gaven aan die oppositie voldoende was om tot toerekening van dier handelingen te komen. Deze steun omvatte financiering, training, wapens en munitie, uniformen, schoeisel, radio's, en informatie betreffende Nicaraguaanse troepenbewegingen.⁴⁰

In een uitspraak van de Beroepskamer van het Joegoslavië Tribunaal daarentegen, die de strafrechtelijke vervolging van Tadić betrof, oordeelde het Tribunaal dat indien sprake is van (paramilitaire) georganiseerde en hiërarchisch gestructureerde groepen de standaard voor toerekening van gedrag niet 'effective control' maar 'overall control' is.⁴¹ Naar internationaal recht eist deze laatste standaard naast het voorzien van uitrusting en financiering, aldus het Tribunaal, dat een staat militaire activiteiten coördineert of hulp biedt bij de planning daarvan. Niet vereist is dan dat een staat ook instructies zou geven aan de leiding van de groep, of individuele leden, om handelingen te verrichten in strijd met internationaal recht. Ten aanzien van individuen of niet militair georganiseerde groepen is 'overall control' niet voldoende, maar behoren specifieke instructies of aanwijzingen voor bepaalde daden te zijn gegeven.⁴²

Een en ander toegepast op de 11 september-aanslagen van 2001, zou het niet mogelijk zijn deze daden van al Qaeda toe te rekenen aan Afghanistan.⁴³ Deze terroristi-

sche groepering kon niet als orgaan van de staat Afghanistan worden beschouwd. Verder hebben de Verenigde Staten niet kunnen aantonen dat de Taliban-regering instructies of aanwijzingen zou hebben gegeven voor het plegen van deze aanslagen, of dat ze deze zou hebben gecoördineerd of hulp bij de planning ervan zou hebben geboden. Sterker nog, het is waarschijnlijk zelfs niet mogelijk aan te tonen dat de Taliban-regering, of andere Afghaanse organen, vooraf op de hoogte waren van het voornemen de aanslagen uit te voeren.⁴⁴

Opvallend genoeg heeft de internationale gemeenschap toch de Amerikaanse claim van zelfverdediging tegenover Afghanistan overwegend gesteund.⁴⁵ Daar liggen natuurlijk deels politieke redenen aan ten grondslag: de aard van het Taliban-regime, diens onderdrukking van vrouwen, het doden van negen Iraanse diplomaten en de vernietiging van Boeddha-beelden. Daar bovenuit stijgend lijkt dit een verandering in het recht te impliceren, waarbij het recht op zelfverdediging mogelijk niet slechts kan worden ingeroepen indien gewapende handelingen toerekenbaar zijn, maar ook indien een staat terroristen steunt, of onderdak biedt, of er simpelweg niet tegen optreedt (het zogeheten 'harbour criterion').⁴⁷

Niettemin gaat het te ver om al tot deze verandering te concluderen. Allereerst natuurlijk omdat de 11 september-aanslagen uniek waren

gezien hun schaal en effecten en daarom kunnen worden geacht een gewapende aanval in traditionele zin op te leveren. Ten tweede vanwege de aarzelingen die nog steeds aanwezig zijn om het soort steun dat de Taliban-regering aan al Qaeda bood voldoende te achten voor het invoeren van zelfverdediging tegen een staat.⁴⁷ Zo stelde de Beweging van Niet-Gebonden Landen (NAM):

The Heads of State or Government rejected the use, or threat of the use of the armed forces against any NAM country under the pretext of combating terrorism, and rejected all attempts by certain countries to use the issue of combating terrorism as a pretext to pursue their political aims against non-aligned and other developing countries [...] They affirmed the pivotal role of the United Nations in the international campaign against terrorism. They totally rejected the term 'axis of evil' voiced by a certain State to target other countries under the pretext of combating terrorism, as well as its unilateral preparation of lists accusing countries of allegedly supporting terrorism, which are inconsistent with international law and the purposes and principles of the United Nations Charter. [...] ⁴⁸

En als laatste en belangrijkste reden, doordat een verandering in het internationaal gewoonterecht niet op een voorbeeld uit de statenpraktijk kan berusten en de steun die andere staten aan de Verenigde Staten boden niet enkel en alleen op juridische gronden werd gegeven.⁴⁹ Zo laten de reacties van staten sinds 2001 zien dat niet zondermeer militair mag worden op-

getreden tegen de aanwezigheid van terroristen of terroristische kampen in een andere staat.⁵⁰ Een zwaluw maakt, gelukkig, nog geen zomer.

De praktijk en opinio iuris betreffende anticiperende zelfverdediging en preventieve militaire actie

In het licht van deze laatste opmerking zou men kunnen menen dat een verdere bespreking van de praktijk en *opinio iuris* van staten niet langer noodzakelijk is. Niettemin lijkt het wel degelijk van belang concreter te beschouwen wat de stand van het internationaal gewoonterecht was voor de huidige ontwikkelingen en voordat de rapporten tot stand kwamen. In dit verband is het geëigend allereerst aandacht te besteden aan de volgende overweging van het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua*-zaak:

In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.⁵¹

Het Hof stelde later in de uit-

spraak met betrekking tot het non-interventiebeginsel: "Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law."⁵² Voor wat betreft de aard van een beroep op een nieuw recht of niet eerder bekende uitzondering en claims van de Verenigde Staten terzake van onder andere de ideologie of bewapening van bepaalde staten stelde het Hof: "But these were statements of international policy, and not an assertion of existing international law."⁵³ Voor wat betreft de claims die een staat legt en de reacties van andere staten daarop is het dus belangrijk of zij deze in juridische termen duiden. Hoe specifiek de claim of reactie terzake de relevante regels van internationaal recht, des te sterker de waarde ter vaststelling van de algemene *opinio iuris* van staten.

Een situatie die veel wordt aangevoerd, ook nu nog,⁵⁴ als voorbeeld van anticiperende zelfverdediging betreft het *Caroline*-incident van december 1837. Brits-Canadese troepen bestormden het Amerikaanse schip de *Caroline*, gemeerd in Amerikaanse wateren bij Navy Island, doodden enige van de opvarenden (overwegend Amerikaanse burgers), staken het in brand en zonden het stuurloos over de Niagara-waterval heen. De *Caroline* werd gebruikt om steun te bieden aan opstandelingen tegen het Britse gezag. De situatie is beroemd geworden vanwege de

briefwisseling tussen de Amerikaanse en Britse regering en met name de bewoordingen die de Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken Webster hanteerde:

It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, –even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, –did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it.⁵⁵

Opvallend hierbij is dat Webster zijn pijlen niet primair richtte op de rechtvaardiging en grondslag van zelfverdediging (“even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all”), maar op de noodzaak en proportionaliteit daarvan. Verder moet worden opgemerkt dat in ieder geval geen sprake was van zuiver anticiperende zelfverdediging: de opstandelingen die werden bevoorraad waren eerder in het jaar al verslagen. De waarde van dit voorbeeld is daarmee beperkt, temeer omdat ruim honderd jaar later een fundamentele verandering in het internationaal recht tot stand kwam, namelijk de aanvaarding van het geweldverbod en de beperking van zelfverdediging tot gewapende aanvallen in het Handvest van de Verenigde Naties.⁵⁶ Gedurende de negentiende eeuw gold, in contrast, dat het sta-

ten vrij stond een oorlog te beginnen en geweld te gebruiken in zelfverdediging of als gewapende represailles.⁵⁷ Vandaar dat Webster trachtte de noodzaak van de actie tegen de *Caroline* te ondermijnen. Zijn formulering van de eisen die aan de noodzaak moeten worden gesteld (“a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation”) zijn daarmee van blijvende waarde gebleken.

Daarmee wordt de analyse van voorbeelden uit de statenpraktijk van na 1945 van fundamenteel belang. Als eerste dient de Cuba-crisis van 1962 te worden besproken. Deze ontspon zich vanwege de stationering van Sovjetraketten op Cuba. De Amerikaanse president Kennedy zag zich genooddaakt een blokkade op te werpen van de Cubaanse kust – die hij eufemistisch een ‘quarantaine’ noemde – en verhinderde daarmee de verdere komst van raketten en aanverwante technologie. Een blokkade uitgevoerd door marineschepen is, zoals ook blijkt uit de tekst van art. 42 van het Handvest, een militaire maatregel, valt daarmee onder het toepassingsbereik van art. 2 lid 4 Handvest en behoeft daarmee een rechtvaardiging.

Die rechtvaardiging werd zeer specifiek niet gezocht in zelfverdediging, maar in de resolutie die de OAS hierover aannam.⁵⁸ Duidelijk was in ieder geval dat geen sprake was van een dreiging van een gewapende aanval van de kant van

Cuba: deze kon zich met de stationering van de raketten beroepen op de noodzaak van verdediging gezien de mislukte Varkensbaai-invasie van een jaar eerder.⁵⁹ Reacties van andere staten zagen steun overeenkomstig Koude-Oorloglijnen.

Natuurlijk gaf de stationering van deze raketten de Sovjet-Unie een strategisch voordeel, maar dit was tegelijkertijd de reden waarom de Verenigde Staten zelfverdediging niet inriepen. Dat zou op termijn soortgelijke claims rechtvaardigen van de Sovjets tegen bijvoorbeeld Turkije, waar de NAVO raketten had gestationeerd.⁶⁰ Het is opportuun hier ook op te merken dat de bewapening van staten binnen de interne aangelegenheden valt: slechts op grond van verdragen of eenzijdige verklaringen (of Veiligheidsraadsresoluties) wordt deze beperkt.⁶¹

Een voorbeeld waar anticiperende zelfverdediging aan de orde was, is de Zesdaagse Oorlog van 1967, waarbij Israël de aanval initieerde tegen Egypte, Syrië en Jordanië. Op dat moment waren er enkele aanwijzingen die een aanval leken te indiceren: de terugtrekking op Egyptisch verzoek van de vredesmacht in de Sinai en inname van posities daar door Egyptische troepen, de blokkade van de Golf van Aqaba en de Straat van Tiran voor Israëlische schepen, en een toename van Palestijnse infiltraties vanuit Syrië.⁶² De rechtvaardiging die Israël zelf aanvoerde was dat het zich verweerde tegen een gewapende aanval van Egypte, Syrië en

Jordanië,⁶³ maar ook subsidiair dat die aanval aanstaande was geweest. De reacties van andere staten leken het subsidiaire argument plausibel te achten, hoewel daaruit niet valt af te leiden dat zij ook een recht op anticiperende zelfverdediging aanvaardden.⁶⁴ Hier valt nog op te merken dat dit het enige voorbeeld uit de statenpraktijk betreft waarbij een gewapende aanval dreigde; bij alle andere voorbeelden was de dreiging (van een aanval) ver verwijderd in tijd.

Het meest vergaande voorbeeld van preventief militair optreden betreft het Israëlische bombardement van de Osirak-reactor in Irak (1981). De claim hier was dat Irak trachtte nucleaire wapens te ontwikkelen en dat deze zouden gaan worden gebruikt tegen Israël. Tegelijkertijd leek deze claim te worden ontkracht doordat Irak partij was (en is) bij het Non-proliferatieverdrag, dit in tegenstelling tot Israël, en het IAEA toestond de reactor te inspecteren.

De Israëlische actie werd breed veroordeeld, onder andere in resoluties van de Veiligheidsraad en Algemene Vergadering.⁶⁵ De reacties van andere staten echter tonen aan dat zij overwegend niet principieel anticiperende zelfverdediging afwezen, maar juist het ontbreken van een dreigende gewapende aanval en derhalve van de noodzaak om op te treden (een aantal maal onder verwijzing naar de Webster-formulering).⁶⁶

Als laatste voorbeeld uit de statenpraktijk zou kunnen worden genoemd de door de Verenigde Sta-

ten geleide oorlog tegen Irak van 2003. In de aanloop naar deze oorlog werd door Amerikaanse autoriteiten veelvuldig gesuggereerd dat Iraks bezit van massavernietigingswapens een gevaar vormde en dat Irak banden of contacten zou hebben met al Qaeda, waarbij het kritieke punt was te voorkomen dat deze wapens in handen zou komen van al Qaeda of andere terroristische groeperingen.

De uiteindelijke rechtvaardiging die de Verenigde Staten aanvoerden voor de militaire interventie was de handhaving van de ontwapeningsverplichtingen die Irak had onder resolutie 687 en de basis daarvoor was, aldus de Verenigde Staten, de herleefde machtiging van resolutie 678.⁶⁷ Duidelijk was dat Irak als zodanig geen (hernieuwde) aanval op zijn buurstaten zou plegen en dat de suggesties van banden met al Qaeda of andere terroristische groepering geen basis in de werkelijkheid vonden. De reacties van andere staten bieden geen steun voor de opvatting dat in deze omstandigheden preventieve militaire actie toelaatbaar zou zijn.⁶⁸ Staten die de interventie in Irak steunden, riepen zich op het patroon van Iraakse schendingen van de ontwapeningsverplichtingen en claimden herleving van de machtiging. Dat deze rechtvaardiging politiek verdedigbaar was, kon echter niet verhullen dat de argumentaties vanuit juridisch oogpunt weinig overtuigingskracht bezaten.⁶⁹ Samenvattend kan worden gesteld

dat de praktijk en *opinio iuris* van staten geen steun bieden voor preventieve militaire acties in geval van dreigingen op termijn. Voor wat betreft een daadwerkelijk dreigende gewapende aanval is de statenpraktijk beperkt en de *opinio iuris* verre van eenduidig. Een regel van internationaal gewoonterecht, waarbij een recht van anticiperende zelfverdediging zou zijn gevestigd, heeft zich tot dusverre niet gevormd.⁷⁰

Rapporten en documenten

De National Security Strategy (2002)

Lezing van de Amerikaanse National Security Strategy leert dat de Bush-doctrine als zodanig niet expliciet wordt gedefinieerd, maar in verscheidene passages in telkens andere bewoordingen wordt weergegeven. De belangrijkste passage in dit verband luidt:

The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction-and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.⁷¹

Lezing van dit citaat maakt duidelijk dat het criterium voor anticiperende actie niet zozeer wordt gevormd door de onmiddellijkheid van de dreiging, als wel door de

ernst van de dreiging. Dit neemt niet weg dat er een nauwe relatie tussen beide kan bestaan. In het citaat worden zij echter uitdrukkelijk ontkoppeld doordat er staat dat een grote dreiging voor de nationale veiligheid dwingt tot anticiperende actie zelfs indien er nog onzekerheid bestaat over het tijdstip en de plaats van de aanval. Hiermee lijkt de Amerikaanse regering de *Caroline*-criteria ter bepaling van de grens van de uitoefening van het recht van zelfverdediging los te laten. Dit blijkt ook uit een andere passage uit dezelfde toespraak. Nadat wordt gesteld dat het internationaal recht sinds eeuwen erkent dat staten niet eerst hoeven te worden aangevallen, maar dat het voor een rechtmatige uitoefening van het recht van zelfverdediging voldoende is dat er sprake is van een onmiddellijk gevaar van een aanval, gaat de National Security Strategy in een adem verder: "We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries."⁷² Deze zinsnede lijkt erop te wijzen dat de opstellers van de National Security Strategy zelf eveneens van mening zijn dat de Bush-doctrine in strijd is met het internationaal recht voorzover deze het gebruik van geweld ter voorkoming van een niet-onmiddellijk dreigende aanval betreft. Door te stellen dat het onmiddellijkheids-criterium aanpassing behoeft, geven zij aan dat het hier gaat om een recht *de lege ferenda*. Maar ook voorzover het om situaties gaat waarin een onmiddellijk

gevaar bestaat voor een aanval, is het nog maar de vraag of de Bush-doctrine in overeenstemming is met het geldende volkenrecht. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet is het op zijn zachtst gezegd zeer twijfelachtig of er in geval van een onmiddellijke aanval met inachtneming van *Caroline*-criteria een recht van zelfverdediging bestaat, zoals de National Security Strategy suggereert.

Rapport Preëemptief optreden (2004)

De aanleiding voor het rapport *Preëemptief optreden* vormde een brief van 30 juni 2003 van de toenmalige minister van Buitenlandse Zaken, Jaap de Hoop Scheffer, waarin hij de AIV en CAVV namens de regering vraagt een advies op te stellen inzake de rechtmatigheid en de politiek-militaire wenselijkheid van het concept van 'pre-emptive action', zoals neergelegd in de Amerikaanse National Security Strategy.⁷³ Tijdens de behandeling van de begroting van Buitenlandse Zaken op 4 december 2002 had de regering zich hier reeds over uitgelaten en aangegeven dat nadere discussie over dit concept wenselijk was.⁷⁴ In deze paragraaf wordt slechts ingegaan op hetgeen het AIV/CAVV-rapport, dat uitkwam in juni 2004, opmerkt met betrekking tot de rechtmatigheid van anticiperende zelfverdediging en de Bush-doctrine. Teneinde deze vraag te beantwoorden, analyseert het rapport allereerst de termen 'inherent recht' en 'gewapende aanval' van art. 51 van het VN-Handvest. Bij de

uitleg van de eerste term volgen de opstellers de interpretatie die het Internationaal Gerechtshof hieraan gaf in de *Nicaragua*-zaak. Zoals hiervoor al is besproken, betekent dit dat art. 51 het bestaan van een gewoonterechtelijk recht van zelfverdediging bevestigt, maar alleen voorzover er sprake is van een gewapende aanval. Daarmee wordt de interpretatie van het begrip gewapende aanval van cruciaal belang ter bepaling van de reikwijdte van het recht van zelfverdediging. De AIV/CAVV stellen dat er ook sprake is van een gewapende aanval wanneer een staat niet zelf geweld toepast, maar bijvoorbeeld gebruik maakt van niet-statelijke actoren. Dit is in overeenstemming met de *Nicaragua*-zaak waarin het Hof stelde dat een indirecte aanval ook als een gewapende aanval in de zin van art. 51 kan worden verstaan.⁷⁵ Maar de AIV/CAVV gaan nog een stap verder daar zij stellen dat een beroep op zelfverdediging ook mogelijk is bij militair optreden tegen een staat die onderdak geeft aan personen die zich metterdaad schuldig maken aan ernstige terroristische activiteiten.⁷⁶ Hier lijkt de AIV/CAVV het zogeheten 'harbour criterion' te omarmen: dat wil zeggen een staat die terroristische activiteiten op of vanaf zijn territorium tolereert kan het doelwit worden van militaire actie. Hiervoor is echter reeds uiteengezet dat het dubieus is of deze grondslag voor de uitoefening van het recht van zelfverdediging zich reeds als volkenrechtelijk beginsel

heeft uitgekristalliseerd. De interpretatie van art. 51 waarbij een dreiging van een aanval gelijk wordt gesteld aan een gewapende aanval wordt daarentegen door de AIV/CAVV uitdrukkelijk van de hand gewezen.⁷⁷ In deze volgen zij dus de gangbare opvattingen.

Vervolgens kijken de opstellers van het rapport of de *Caroline*-criteria uitkomst kunnen bieden. Hiertoe beantwoorden zij allereerst de vraag of deze nog altijd deel uitmaken van het internationaal recht, aangezien zij ruim een eeuw voor de opstelling van het Handvest werden geformuleerd en zich niet laten verenigen met de letter van art. 51 van het Handvest. De AIV/CAVV onderzoeken dan ook of de statenpraktijk na 1945 hierin verandering heeft gebracht dan wel een bevestiging vormt van genoemde criteria. Zij komen tot de conclusie dat de statenpraktijk te onduidelijk en te beperkt is om aan te kunnen nemen dat de *Caroline*-criteria nog altijd tot het internationaal gewoonterecht behoren.⁷⁸ Maar de tegenovergestelde conclusie achten zij blijkbaar eveneens een brug te ver, want in een volgende passage wordt gesteld:

Niettemin is de AIV/CAVV van oordeel dat in gevallen van nieuwe dreigingen (terrorisme al dan niet in samenhang met de proliferatie van massavernietigingswapens), welke op geen enkele andere manier het hoofd kunnen worden geboden, de *Caroline*-criteria een passend handvat vormen bij de mogelijke inroepbaarheid van artikel 51 van het VN-Handvest. In die gevallen van een plotselinge overweldigende dreiging, die geen moment van reflectie en

geen keuze van andere middelen toelaat, onder inachtneming van de proportionaliteit, zou gebruik van geweld in anticiperende zelfverdediging toelaatbaar kunnen zijn, mits deze criteria strikt worden toegepast.⁷⁹

Deze formulering roept ten minste twee vragen op. Ten eerste, wordt met 'toelaatbaar' rechtmatig bedoeld? En zo ja, betekent dit dat de *Caroline*-criteria in geval van genoemde nieuwe dreigingen toch weer wel gelding hebben onder het internationaal (gewoonte) recht? Juridisch gezien is een dergelijke constructie niet erg fraai: of de *Caroline*-criteria gelden of niet, maar om nu te zeggen dat deze alleen in geval van nieuwe dreigingen van toepassing zijn, schept op zijn minst onduidelijkheid.

Het tweede punt betreft de zinsneede dat "de *Caroline*-criteria een passend handvat kunnen vormen bij de inroepbaarheid van artikel 51". Nu de AIV/CAVV concluderen dat art. 51 restrictief moet worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen alleen inroepbaar is in geval van een gewapende aanval, lijkt niet goed in te zien hoe de *Caroline*-criteria die geweldgebruik reeds zouden toestaan bij de onmiddellijke dreiging hiervan als handvat zouden kunnen dienen.

Een innerlijke tegenstrijdigheid van het rapport is te vinden in de passage waarin de Amerikaanse National Security Strategy wordt getoetst aan het internationaal recht. Geconcludeerd wordt dat "de Amerikaanse Veiligheidsstrategie, voorzover deze boven de *Caroline*-criteria uitgaat, niet in

overeenstemming is met het volkenrecht."⁸⁰ Werd even tevoren door de opstellers nog heel voorzichtig gesteld dat de *Caroline*-criteria een passend handvat konden vormen bij de inroepbaarheid van art. 51 en dan ook nog alleen in geval van specifieke, nieuwe dreigingen, in deze passage worden de *Caroline*-criteria zonder enige nadere restrictie als geldend volkenrecht aangemerkt. Echter, bij afwezigheid van een specifieke regel die anticiperende zelfverdediging toestaat, moet worden teruggegrepen op de algemene regel: het geweldverbod.

Standpunt Nederlandse regering

Op 29 oktober 2004 stuurde de minister van Buitenlandse Zaken, mede namens de minister van Defensie, een reactie van de regering op het rapport *Preëemptief optreden* aan de Tweede Kamer.⁸² Er kan een aantal opmerkingen worden gemaakt met betrekking tot het in de brief neergelegde standpunt van de regering. Allereerst neemt de regering het onderscheid tussen preëemptief en preventief optreden zoals dat door de AIV/CAVV wordt gemaakt over. Zij concludeert dat preventief geweldgebruik niet kan worden gebaseerd op art. 51 van het Handvest en slechts is toegestaan indien de Veiligheidsraad hiervoor toestemming heeft verleend. Vervolgens stelt de regering dat zij preventief optreden verder buiten beschouwing zal laten, aangezien dit een andere problematiek betreft dan preëemptief optreden waar de rest van de brief op is

gericht. Vreemd genoeg suggereert de regering vervolgens dat de Amerikaanse veiligheidsstrategie ook alleen betrekking zou hebben op preëemptief optreden, dat wil zeggen gewapend optreden in reactie op een onmiddellijke dreiging (van een aanval). Hiervoor hebben wij echter gezien dat de National Security Strategy weliswaar spreekt van 'preemptive actions', maar dat dit ook het gebruik van geweld in geval van niet-onmiddellijke dreigingen omvat. De regering interpreteert de Bush-doctrine derhalve te beperkt. Niet kan worden ontkend dat het verwarrend is dat het rapport van de AIV/CAVV de term 'preëemptief optreden' in meer beperkte zin hanteert dan de Amerikaanse veiligheidsstrategie, maar het lijkt toch moeilijk voorstelbaar dat de regering een dergelijk cruciaal punt van verschil na lezing van het AIV/CAVV-rapport over het hoofd zou hebben gezien.

De regering neemt de hoofdconclusie van de AIV/CAVV over, te weten dat preëemptief optreden in geval van nieuwe dreigingen en met inachtneming van de *Caroline*-criteria een beroep op art. 51 kan rechtvaardigen. Hierbij legt de regering sterk de nadruk op het vereiste van de 'onmiddellijke dreiging' als voorwaarde voor rechtmatigheid. Alhoewel de regering eveneens de conclusie van de AIV/CAVV deelt dat de *Caroline*-criteria met het oog op de beperkte en onduidelijke statenpraktijk hooguit een passend handvat kunnen vor-

men bij de mogelijke inroepbaarheid van art. 51, vraagt zij zich af of de criteria in geval van nieuwe dreigingen wel voldoen en niet nader zouden moeten worden uitgewerkt. Zij komt echter niet met concrete voorstellen ter verfijning van die voorwaarden. Wel stelt zij dat de nieuwe dreigingen gevolgen moeten hebben voor de vraag wanneer er sprake is van een onmiddellijke dreiging en sluit daarmee aan bij het standpunt van de Amerikaanse veiligheidsstrategie dat het vereiste van onmiddellijkheid moet worden aangepast met het oog op de capaciteiten en doelstellingen van de huidige vijanden. De kritiek die op het regeringsstandpunt kan worden geleverd is derhalve tweemaal. De regering neemt zonder verdere analyse de, gezien de afwezigheid van een uitgebreide en eenduidige statenpraktijk en *opinio iuris*, niet heel erg sterke conclusie van de AIV/CAVV over dat preëemptief optreden onder bepaalde voorwaarden rechtmatig kan zijn.⁸² Daarnaast suggereert de brief van de regering ten onrechte dat volgens de Amerikaanse Veiligheidsstrategie preëemptief optreden alleen in aanmerking zou komen indien er sprake is van een onmiddellijke dreiging van een aanval.⁸³ Hiermee wordt op zijn minst de schijn gewekt dat de Amerikaanse National Security Strategy niet in strijd zou zijn met de *Caroline*-criteria en daarmee – althans in de redenering van de regering – evenmin met het volkenrecht.

Rapport A More Secure World (2004)
 In zijn toespraak voor de Algemene Vergadering in september 2003 sprak Secretaris-generaal Annan zijn intentie uit een 'panel van eminente personen' (*high-level panel*) in te stellen dat aanbevelingen zou moeten opstellen om het systeem van collectieve veiligheid zoals neergelegd in het Handvest te versterken en aan te passen aan de dreigingen van de 21^{ste} eeuw.⁸⁴ Het rapport *A More Secure World. Our Shared Responsibility* kwam op 2 december 2004 uit en wordt gekenmerkt door een integrale benadering van problemen die zijn gerelateerd aan internationale vrede en veiligheid. Hoewel het rapport een veel breder terrein bestrijkt, gaan wij slechts in op datgene wat hierin wordt opgemerkt over het recht van (anticiperende) zelfverdediging. Nadat het aangeeft dat art. 51 van het VN-Handvest naar de letter een restrictieve weergave bevat van het recht van zelfverdediging, vervolgt het: "However, a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is imminent, no other means would deflect it and the action is proportionate."⁸⁵ Deze overweging lijkt erop te wijzen dat de *Caroline*-criteria, ondanks de bewoordingen van art. 51, nog altijd onverkort deel uitmaken van het internationaal recht en hiermee komt het rapport overeen met de Amerikaanse National Security Strategy waarin een vergelijkbare passage is opgenomen. Waar de Amerikaanse veiligheids-

strategie met het oog op de veranderde veiligheidssituatie echter oppert om niet langer vast te houden aan het vereiste van 'onmiddellijke dreiging', is het volgens het rapport van het panel juist noodzakelijk om dit wel te doen. De belangrijkste reden die het hiervoor aanvoert is niet zozeer van juridische, als wel van praktische aard: de risico's die een recht van preventieve actie met zich zouden brengen in een wereld die vol is met potentiële dreigingen zijn eenvoudigweg te groot. Preventief optreden is volgens het rapport dus niet alleen onrechtmatig, maar ook politiek-militair onwenselijk. Het rapport van het panel sluit op dit punt zeer nauw aan bij het rapport van de AIV/CAVV. Maar ook hier lijkt zich weer een innerlijke tegenstrijdigheid voor te doen. De paragraaf over het recht van zelfverdediging eindigt namelijk met de zinsnede: "We do not favour the re-writing or reinterpretation of Article 51."⁸⁶

Nadat het rapport enkele regels eerder nog uitdrukkelijk de rechtmatigheid van preëemptief optreden erkent, lijkt deze formulering een dergelijk recht, althans op basis van art. 51, uit te sluiten. Dit impliceert dat er hooguit een gewoonterechtelijk recht van preëemptief optreden zou bestaan. Er wordt echter geheel voorbij gegaan aan de vraag hoe een dergelijk gewoonterechtelijk recht naast en in afwijking van art. 51 zou kunnen (blijven) bestaan. Waarschijnlijk hebben de opstellers met laatstgenoemde zin willen aangeven afwij-

zend te staan tegenover een zodanig ruime interpretatie van art. 51 dat deze verenigbaar is met de Bush-doctrine.

Rapport Secretaris-generaal (2005)

Op 21 maart 2005 presenteerde de Secretaris-generaal van de Verenigde Naties zijn rapport *In Larger Freedom. Towards Development, Security and Human Rights for All* aan de Algemene Vergadering.⁸⁷ Het rapport dient ter voorbereiding van de VN-top die in september 2005 zal worden gehouden ter gelegenheid van het zestigjarig bestaan van de Verenigde Naties en waarbij alle wereldleiders aanwezig zullen zijn. Uitgangspunt van het rapport is dat veiligheid, ontwikkeling en respect voor mensenrechten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden: "we will not enjoy development without security, we will not enjoy security without development, and we will not enjoy either without respect for human rights."⁸⁸ Voorzover het rapport van de Secretaris-generaal betrekking heeft op veiligheid, neemt het vrijwel alle voorstellen van het rapport van het panel over. Ondanks het grote belang dat het rapport toekent aan de kwestie van het gebruik van geweld, wordt nog niet één pagina – paragrafen 122-126 – aan dit onderwerp gewijd.⁸⁹ Net als in het rapport van het panel onderscheidt het preventieve actie enerzijds en preventieve actie anderzijds.⁹⁰ Opmerkelijk is vervolgens paragraaf 124 waarin wordt gesteld:

Imminent threats are fully covered by Article 51, which safeguards the inherent right of sovereign States to defend themselves against armed attack. Lawyers have long recognized that this covers an imminent attack as well as one that has already happened.

Het rapport van de Secretaris-generaal gaat hiermee nog een stap verder dan het rapport van het panel, aangezien gesteld wordt dat art. 51 *an sich* rechtsbescherming biedt tegen een op handen zijnde aanval, terwijl het panelrapport slechts spreekt van het internationaal recht in het algemeen. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt gesteld dat juristen een dergelijke interpretatie van art. 51 sinds lange tijd hebben aanvaard. Maar dit is eenvoudigweg onjuist. Een bestudering van de geschriften van gezaghebbende auteurs inzake het *ius ad bellum* leidt tot de onomstotelijke conclusie dat zij overwegend de interpretatie waarin een onmiddellijke dreiging van een gewapende aanval eveneens onder reikwijdte van art. 51 wordt gebracht afwijzen.⁹¹ Daarnaast lijkt de passage ook in strijd te zijn met de geest en het doel van het rapport zelf dat een groot belang toekent aan collectief optreden en multilateralisme en dat pleit voor versterking van het systeem van collectieve veiligheid zoals neergelegd in het Handvest. Immers, in plaats van unilateraal geweldgebruik zoveel mogelijk aan banden te leggen, wordt het *ius ad bellum* in de geciteerde passage juist opgerekt.

Balans

De rapporten en wetenschappelijke artikelen die in reactie op de Amerikaanse National Security Strategy zijn verschenen wijzen over het algemeen de Bush-doctrine af als zijnde illegaal en politiek onwenselijk. Tegelijkertijd klinkt het besef door dat de 'nieuwe dreigingen' om nieuwe antwoorden vragen. Dit heeft ertoe geleid dat een aantal juristen en adviesorganen door middel van gekunstelde juridische constructies tracht aan te tonen dat het recht van zelfverdediging ook van toepassing is in geval van een onmiddellijke dreigende gewapende aanval. Aan dergelijke 'extensieve interpretaties' ligt het aloude adagium ten grondslag dat van geen enkele staat kan worden verwacht dat hij zijn eigen vernietiging afwacht.⁹² Hoe begrijpelijk ook, een dergelijk *hinein interpreteren* is niet in overeenstemming met het internationaal recht.

Het is in dit verband tekenend dat de voorstanders van een recht van anticiperende zelfverdediging vrijwel allemaal hun heil zoeken bij een doctrine die tot stand kwam in een tijdperk waarin het staten vrij stond om naar eigen goeddunken een oorlog met elkaar te beginnen. Dat deze *Caroline*-doctrine nu van stal wordt gehaald ter fundering van de rechtmatigheid van anticiperende zelfverdediging zegt veel over de wankelende juridische basis hiervan. Waarom niet gewoon erkennen dat anticiperende zelfverdediging naar huidig volkenrecht

onrechtmatig is, de argumenten pro en contra een dergelijk recht aangeven en vervolgens op basis hiervan een wetenschappelijk en politiek debat voeren over de wenselijkheid van een dergelijk recht *de lege ferenda*?

Op basis van het voorgaande moge duidelijk zijn dat wij van mening zijn dat erkenning van een recht van anticiperende zelfverdediging ook politiek onwenselijk is. Enerzijds wordt er een hoge mate van subjectiviteit ingebouwd daar het objectieve criterium van de gewapende aanval wordt vervangen door het subjectieve en vage criterium van de onmiddellijke dreiging.⁹³ Anderzijds leidt een doctrine van anticiperende zelfverdediging *qualitate qua* tot een toename van het gebruik van geweld tussen staten, hetgeen met het oog op de allesvernietigende werking van moderne wapens desastreuze gevolgen kan hebben.⁹⁴ Zo zouden de Noord-Koreanen in 2002 met een beroep op anticiperende zelfverdediging het recht hebben gehad geweld tegen de Verenigde Staten te gebruiken, aangezien de Verenigde Staten ten tijde van de crisis van 1993-1994 serieuze plannen hadden klaarliggen om Noord-Korea aan te vallen in verband met zijn kernwapenprogramma.⁹⁵ Naderhand besloot de regering-Clinton om hier toch maar van af te zien, waarmee de onmiddellijke dreiging van tafel was. Dit voorbeeld illustreert de achilleshiel van de doctrine van anticiperende zelfverdediging: een onmiddellijke dreiging is geen statische toestand,

maar omkeerbaar; een gewapende aanval daarentegen is onomkeerbaar en tegelijkertijd objectief verifieerbaar. Het valt te hopen dat de VN-lidstaten in hun commentaar op het rapport van de Secretaris-

generaal verstandig zullen zijn en blijven vasthouden aan de gewapende aanval als de *conditio sine qua non* voor de uitoefening van het recht van zelfverdediging onder internationaal recht.

Noten

1. <www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/print/20030317-7.html>.
2. *Ibid.* Hierbij zij aangetekend dat in de brief van de Amerikaanse regering aan de president van de Veiligheidsraad slechts een beroep werd gedaan op de resoluties van de Veiligheidsraad ter rechtvaardiging van de aanval. Zie: S/2003/351, 21 March 2003.
3. Zie noot 1.
4. Zie bijvoorbeeld de bijdragen in *American Journal of International Law*, van Taft, W.H. IV & T.F. Buchwald (2003), Preemption, Iraq, and international law, *American Journal of International Law*, 97, pp. 557-563; Yoo, J. (2003), International law and the war in Iraq, *Ibid.*, pp. 563-576; Wedgwood, R. (2003), The fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and preemptive self-defence, *Ibid.*, pp. 576-585; Gardner, R.N. (2003), Neither Bush nor the "jurisprudes", *Ibid.*, pp. 585-590; Falk, R.A. (2003), What future for the UN Charter system of war prevention?, *Ibid.*, pp. 590-598; Sapiro, M. (2003), Iraq: the shifting sands of preemptive self-defence, *Ibid.*, pp. 599-607; Franck, T.M. (2003), What happens now? The United Nations after Iraq, *Ibid.*, pp. 607-620; Farer, T.J. (2003), The prospect for international law and order in the wake of Iraq, *Ibid.*, pp. 621-628; Stromseth, J.E. (2003), Law and force after Iraq: A transitional moment, *Ibid.*, pp. 628-642.
5. Geciteerd in: Chesterman, S. (2001), *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 121.
6. Adviesraad Internationale Vraagstukken/Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (AIV/CAVV) (2004A), *Falende staten. Een wereldwijde verantwoordelijkheid*, Den Haag, p. 11. Het voorbeeld bij uitstek is Somalië sinds begin jaren negentig.
7. Te denken valt aan de onafhankelijkheidsstrijd van de IRA in Noord-Ierland, de ETA in Spaans Baskenland en de Tamil-Tijgers in Sri-Lanka.
8. Zie algemeen: Gray, J. (2003), *Al-Qaida en de moderne tijd*, Amsterdam: Ambo, pp. 79-92.
9. Voor een omschrijving van de term 'rogue states', zie de Amerikaanse National Security Strategy, p. 14 <www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>. Als zodanig worden door de regering-Bush genoemd: Noord-Korea, Iran, en het Irak van Saddam Hoessein.
10. Reisman, W.M.M. (2003), *American Society of International Law, Proceedings*, 97, pp. 142-143, op p. 143.
11. Over de rol van reciprociteit in het internationaal recht, zie bijvoorbeeld: Watson, J.S. (1999), *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*, New York: Transnational Publishers, pp. 42, 166; Shaw, M.N. (1991), *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 8.
12. AIV/CAVV (2004b), *Preëemptief optreden*, Den Haag, juli 2004, p. 6.
13. Zie bijvoorbeeld Higgins, R. (1994), *Problem and Process. International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford Clarendon Press, p. 242; Arend, A.C. & R.J. Beck (1993), *International Law and the Use of Force, Beyond the UN Char-*

- ter Paradigm, London: Routledge, p. 72; Randelzhofer, A. (2002), Article 51, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 788-806, op p. 803; Franck, T.M. (2002), *Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 97-98; Malanczuk, P. (1997), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th, rev. ed., London: Routledge, pp. 311-314; Schachter, O. (1991), *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 150-152.
14. Zie algemeen hoofdstuk V van de Amerikaanse National Security Strategy, specifiek p. 15.
 15. National Security Strategy, p. 15 (en ook p. 6).
 16. *Ibid.*, p. 15.
 17. AIV/CAVV (2004b), p. 5.
 18. *Ibid.*, p. 5.
 19. Zie de auteurs genoemd in voetnoten 4 en 13 en: Sofaer, A.D. (2003), On the necessity of pre-emption, *European Journal of International Law*, 14, pp. 209-226; Bothe, M. (2003), Terrorism and the legality of pre-emptive force, *European Journal of International Law*, 14, pp. 227-240.
 20. *A More Secure World. Our Shared Responsibility* (2004), p. 54 <www.un.org/secureworld/report2.pdf>.
 21. Reisman (2003), p. 142.
 22. Zie in dit verband bijvoorbeeld Malanczuk (1997), pp. 311-314, die de termen anticiperende en preventieve zelfverdediging door elkaar gebruikt.
 23. Zie Randelzhofer, A. (2002b), Article 2(4), in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 112-136, 117-125; en Molier, G. (2003), *De (on)rechtmatigheid van humanitaire interventie: Respect voor staatssoevereiniteit versus bescherming van mensenrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 146-165.
 24. Zie Blokker, N. (1997), Grenzen aan de macht(iging)?, 'Over de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad en delegatie aan 'coalitions of the able and willing'', *Nederlands Juristenblad*, 72, pp. 1547-1553.
 25. Zie Frowein, J. (2002), Article 39, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 717-729, op pp. 720-721.
 26. De Veiligheidsraad lijkt een stap verder, of mogelijk zelfs een brug te ver, te zijn gegaan door daden van internationaal terrorisme en de proliferatie van massavernietigingswapens in hun algemeenheid, dat wil, zeggen abstract, tot bedreiging van de internationale vrede te verklaren. Zie resoluties 1373 en 1540, aangenomen respectievelijk 28 september 2001 en 28 april 2004.
 27. ICJ (1986), Military activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, pp. 14, 94 (par. 176) en pp. 103-104 (par. 195).
 28. *Ibid.*, pp. 103-104, par. 195.
 29. Respectievelijk: Hoogh, A. de (1996), *Obligations Erga Omnes and International Crimes, A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 309-312; Dinstein, Y. (2001), *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, pp. 173-176; en Separate Opinion Judge Simma, pp. 6-7, par. 12-13, bij ICJ (2003), Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, 6 November <www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopjudgment/iop_ijudgment_20031106.pdf>. Afwijzend: Randelzhofer (2002a), pp. 790-792 en 794-803; en Kammerhofer, J. (2004), Oil's well that ends well? Critical comments on the merits judgement in the Oil Platforms Case, *Leiden Journal of International Law*, 17, 2004, pp. 695-718, op p. 708-711.
 30. Oil Platforms-zaak, par. 72. Kritisch: Dissenting Opinion Judge El-Araby, par. 1.1.

31. *Oil Platforms*-zaak, par. 64.
32. *Nicaragua*-zaak, par. 194
33. In deze zin: Bothe (2003), pp. 227-240, op pp. 228-230 en met name p. 229.
34. Anders: Sofaer (2003), pp. 223-224. Ook de voorbereidende werken van het Handvest bieden geen steun voor een extensieve interpretatie. Zie Brownlie, I. (1963), *International Law and the Use of Force*, Oxford: Clarendon Press, pp. 275-276.
35. ICJ (2004), Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 8 July, par. 139 <www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>. Kritisch bij dit advies: Separate Opinion Judge Higgins, par. 33-34; Separate Opinion Judge Kooijmans, par. 35-36; Declaration Judge Buergenthal, par. 4-6. Anders: McCormack, T.L. (1991), Anticipatory self-defence in the legislative history of the United Nations Charter, *Israel Law Review*, 25, pp. 1-42, op pp. 32-42.
36. *Ibid.*
37. Voor tekst en commentaar zie: ILC (2001), Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts <www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm>.
38. Zie omtrent deze problematiek: Kress, C. (2001), L'organe de facto en droit international public, *Reflexions sur l'imputation a l'etat de l'acte d'un particulier a la lumiere des developpements recents*, *Revue Générale de Droit International Public*, 105, pp. 93-144; en eerder in de context van daden van terrorisme: Condorelli, L. (1989), The imputability to states of acts of international terrorism, *Israel Yearbook on Human Rights*, 19, pp. 233-246.
39. *Nicaragua*-zaak, pp. 63-65, par. 113-116. Eerder, pp. 62-63, par. 109-112, leek het Hof een soepelere standaard te hantieren. Zie hieromtrent Separate and Dissenting Opinion McDonald, bij ICTY (1997), Trial Chamber (McDonald, Stephen, Vohrah), *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "Dule"*, Opinion and Judgement, 7 May <www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>.
40. *Nicaragua*-zaak, pp. 53-62, par. 93-108, waarbij aan het eind wordt geconcludeerd: "the Court holds it established that the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN."
41. ICTY (1999), Appeals Chamber (Shahabuddeen, Cassese, Tieya, Nieto-Navia, Ndepele Mwanchande Mumba), *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgement, 15 July, par. 68-162, in het bijzonder par. 118-129 en 137, afgedrukt in *International Legal Materials* 1999, 38, pp. 1518-1609. Voor een analyse zie: Hoogh, A. de (2001), Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, The *Tadić* Case and attribution of acts of Bosnian Serb authorities to the Federal Republic of Yugoslavia, *British Year Book of International Law*, 72, pp. 255-292.
42. ICTY (1999), par. 130-132 en 133-136.
43. Jinks, D. (2003), American Society of International Law, *Proceedings*, 97, pp. 144-146, op p. 144-145.
44. Voor een compilatie van relevante documentatie, zie: Murphy, S. (ed.) (2002), Contemporary practice of the United States related to international law, *American Journal of International Law*, 96, pp. 237-255.
45. Zie bijvoorbeeld de erkenning van het recht op zelfverdediging in de preambule van resoluties 1368 en 1373 (aangenomen 12 en 28 september 2001), aangenomen naar aanleiding van de 11 september-aanslagen. Daarbij moet wel worden vermeld dat op het moment van aanname van de eerste resolutie de daders van de aanslagen en de mogelijke betrokkenheid van een staat nog niet bekend waren. Opvallend genoeg erkent de eerste resolutie aangenomen nadat de Amerikaanse militaire acties van start waren gegaan, op 7 oktober 2001, niet expliciet de Amerikaanse uitoefening van het recht op zelfverdediging, maar beperkte zich tot "supporting the efforts of the Afghan people to replace the Taliban regime". Resolutie 1378, aangenomen 14

- november 2001, preamble. Zie ook Murphy (2002), pp. 244-245.
46. Zie overwegend in deze zin: Gill, T. (2002), *The 11th of September and the International Law of Military Operations*, Amsterdam: Vossiuspers, pp. 7-14; en Gardner (2003), p. 589.
 47. Jinks (2003), pp. 144-146; en ook Anghe, A. (2004), *The Bush Administration preemption doctrine and the United Nations*, American Society of International Law, *Proceedings*, 98, pp. 326-329, op p. 326-327.
 48. Final Document of the XIII Conference of Heads of State or Heads of Government of the Non-Aligned Movement, Kuala Lumpur, 24-25 February 2003, par. 119 <www.nam.gov.za/media/030227e.htm>. Ontleend aan: Anghe (2004), pp. 326-327.
 49. Kritisch over deze stellingname in de hoofdstuk: Ratner, S. (2002), *Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11*, *American Journal of International Law*, 96, pp. 905-921, op p. 910. Zie inzake de vorming van internationaal gewoonterecht: *Nicaragua-zaak*, p. 98 (par. 186) en 109 (par. 206-207).
 50. Zie met name de analyse van Gray, C. (2004), *International Law and the Use of Force*, Oxford: Oxford University Press, pp. 159-190.
 51. *Nicaragua-zaak*, p. 98, par. 186.
 52. *Ibid.*, p. 109, par. 207.
 53. *Ibid.*
 54. Zie uitgebreid betreffende dit incident: Sofaer (2003), pp. 214-220.
 55. Zie: <www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/britian/br-1842d.htm>.
 56. Zie ook: Sapiro (2003), p. 600; en met name Zoller, E. (2004), *The law applicable to the preemption doctrine*, American Society of International Law, *Proceedings*, 98, pp. 333-337, op p. 334-335 (die overigens wel voor de rechtmatigheid van preventieve, lees anticiperende, zelfverdediging pleit (p. 335-336)).
 57. Brownlie (1963), pp. 19-50.
 58. Arend & Beck (1993), pp. 74-76.
 59. Franck (2002), pp. 99-101, met name op p. 100.
 60. Zie de opmerkingen in deze zin van toenmalig 'deputy assistant secretary of state', Gardner (2003), p. 587.
 61. *Nicaragua-zaak*, p. 135, par. 269
 62. Franck (2002), pp. 101-102.
 63. Gray (2004), pp. 130-131.
 64. Arend & Beck (1993), pp. 76-77; Franck (2002), pp. 101-102. Zie ook: Dinstein (2001), p. 173.
 65. Veiligheidsraadsresolutie 487, aangenomen 19 juni 1981, par. 1; Algemene Vergadering-resolutie 36/27, aangenomen 13 november 1981, par. 1 (met een oproep tot een wapenembargo in par. 3).
 66. Arend & Beck (1993), pp. 77-79; Franck (2002), pp. 105-107; Sapiro (2003), p. 601.
 67. Zie: s/2003/351 (21 March 2003). De Amerikaanse brief stelt wel: "The actions that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area." De Australische en Britse brieven bevatten niet deze formulering. Zie: s/2003/352 en s/2003/350 van dezelfde datum.
 68. Zie Murphy, S. (2003), *Contemporary practice of the United States*, *American Journal of International Law*, 97, pp. 419-432, 424, 427-428 en 431.
 69. Zie Hoogh, A. de (2003), *De oorlog tegen Irak, de Veiligheidsraad, en Nederland*, *Jaarboek vrede en veiligheid 2003*, Nijmegen: CICAM, pp. 7-34. Anders bijvoorbeeld Yoo (2003), pp. 567-571.
 70. In deze zin Randelzhofer (2002a), pp. 803-804.
 71. National Security Strategy, p. 15.
 72. *Ibid.*, p. 15.
 73. Brief van 30 juni 2003. Zie Bijlage I bij AIV/CAVV (2004b).
 74. *Tweede Kamer der Staten-Generaal*, 2002-2003, 28600-V, nr. 12, Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, 15 november 2002, p. 7.
 75. De kwalificatie die het Hof daaraan toevoegde, dat in deze gevallen de

schaal en effecten vergelijkbaar moeten zijn met een aanval door reguliere strijdkrachten wordt gemakshalve weggelaten.

76. AIV/CAVV (2004b), p. 16.
77. *Ibid.*, p. 17.
78. *Ibid.*, pp. 18-21.
79. *Ibid.*, p. 21.
80. *Ibid.*, p. 22.
81. Tweede Kamer der Staten-Generaal 2004-2005, 29800-V, nr. 56, Brief van de minister van Buitenlandse Zaken, 29 oktober 2004.
82. Hierbij wordt opgemerkt dat de AIV/CAVV spreken van toelaatbaar (p. 21), terwijl de regering spreekt van rechtmatig (pp. 2-3). Dit neemt niet weg dat op p. 5 van de brief wordt gesproken van "het legitieme recht op zelfverdediging in geval van een dreigende aanval onder toepassing van de *Caroline-criteria*". Het is echter niet duidelijk of onder 'legitiem' iets anders wordt verstaan dan onder rechtmatig.
83. Tweede Kamer, 29800-V, nr. 56, p. 2 en 4: "Op de eerste plaats stelt de strategie als nadrukkelijke voorwaarde dat bij preëemptief optreden sprake moet zijn van een 'imminent threat', zoals ook de *Caroline-doctrine* dat doet en ook volgens het advies moet doen".
84. Zie A/59/565, 2 December 2004, p. 1.
85. *A More Secure World* (2004), p. 54.
86. *Ibid.*, p. 54.
87. Zie A/59/2005, 21 March 2005.
88. *In Larger Freedom* (2005), p. 3. Zie ook Annex op p. 55.
89. *In Larger Freedom* (2005), p. 33, par. 122: "Finally, an essential part of the consensus we seek must be agreement on when and how force can be used to defend international peace and security."
90. *In Larger Freedom* (2005), p. 33, par. 122.
91. Zie Bothe (2003), p. 229: "The conclusion is thus clear: 'armed attack in the sense of Article 51 is an actual armed attack, which happens ('occurs'), not one which is only threatened." Dinstein (2001), p. 168: "There is not the slightest indication in Article 51 that the occurrence of an armed attack represents only one set of circumstances (among others) in which self-defence may be exercised." Randalzhofer (2002a), p. 806; Franck (2002); Cassese, A. (2001), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 307-311; Henkin, L. (1995), *International Law: Politics and Values*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 121-122; Akehurst, M. (1987), *A Modern Introduction to International Law*, London: Routledge, pp. 262-263; Cott, J.P. & A. Pellet (1985), *La Charte des Nations Unies*, Paris: Economica, pp. 774-778; Brownlie (1963), p. 278; Kelsen, H. (1951), *The Law of the United Nation*, London: Stevens & Sons Limited, pp. 797-798, Anders: Malanczuk (1997), pp. 311-314; Schachter (1991), pp. 150-152; Higgins (1994), pp. 242-243; McDougal, M.S. & F.P. Feliciano (1961), *Law and Minimum World Public Order*, New Haven: Yale University Press, pp. 234-241.
92. Vergelijk: McDougal & Feliciano (1961), p. 236, n. 260.
93. Zie bijvoorbeeld Akehurst (1987), p. 263: "But the trouble about anticipatory self-defence is that a state can seldom be absolutely certain about the other side's intentions; in moments of crisis, there is seldom time to check information suggesting that an attack is imminent."
94. Reisman (2003), p. 142; Akehurst (1987), p. 263.
95. Reisman (2003), p. 142: "In December 2002, former President Clinton stated that plans to attack North Korea had been prepared and Pyongyang was told it would be struck if it did not end its nuclear program." Mede als gevolg van Amerikaanse dreigingen heeft Noord Korea zich daadwerkelijk teruggetrokken uit het Non-proliferatieverdrag. Zie S/2003/91 (27 January 2003).